



Tender Nieuwsbrief Online

- | | |
|---|--|
| <p>1 Subsidieverstrekking is niet aanbestedingsplichtig? Of toch wel?</p> <p>4 Het VNG Model Inkoop- en Aanbestedingsbeleid in een nieuw jasje: een uniforme en herkenbare basis voor inkopen</p> | <p>6 Het grootste probleem bij de rechtsbescherming blijft onbesproken</p> <p>8 Een kort geding voor inschrijving om rechtsverwerking te voorkomen hoeft niet disproportioneel te zijn</p> <p>10 Gunningen</p> <p>10 Thermometer</p> |
|---|--|

Subsidieverstrekking is niet aanbestedingsplichtig? Of toch wel?

mr. A. (Anke) Stellingwerff Beintema, Maasdam Broers Fischer advocaten

In de praktijk hoor ik geluiden als ‘we willen geen aanbesteding houden (want we willen dat X de activiteiten verricht), dus we maken er een subsidie van’, ‘we hebben geen tijd voor een aanbesteding, dus verstrekken we maar een subsidie’ en ‘om te beoordelen of de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, moet je nagaan of de overeenkomst een subsidie is óf een overheidsopdracht’. Deze geluiden gaan uit van de aanname dat een subsidie niet aanbestedingsplichtig is. Maar dat is wat kortzichtig gedacht. In dit artikel tracht ik helderheid te verschaffen wanneer subsidieverstrekking wél leidt tot een aanbestedingsplicht, en wanneer niet.

Subsidieverstrekking

Juridisch gezien is sprake van een subsidie wanneer een bestuursorgaan een geldbedrag verstrekt dat een begunstigde (de subsidieontvanger) in staat stelt een bepaalde activiteit te verrichten.¹ Het geldbedrag wordt in een beschikking verstrekt, de subsidiebeschikking.² Op deze wijze ontstaat een vordering van de subsidieontvanger op het bestuursorgaan (mits de subsidieontvanger voldoet aan de voorwaarden in de subsidiebeschikking). Een subsidie is niet aan de orde als sprake is van betaling van goederen of diensten die aan het bestuursorgaan worden geleverd. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) regelt de subsidieverstrekking in hoofdstuk 4.2.

Verstrekken opdracht

Juridisch gezien is sprake van een opdracht wanneer een aanbestedende dienst (Rijk, provincie, gemeente, waterschap of publiekrechtelijke instelling) een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met een ondernemer sluit tot het verrichten van werken,

leveringen of diensten.³ ‘Bezwarende titel’ betekent dat de aanbestedende dienst in ruil voor de werken, leveringen of diensten die hij ontvangt (of die derden ontvangen)⁴ een ‘op geld waardeerbare tegenprestatie’ levert.⁵ Dit is meestal gewoon een geldbedrag. De Aanbestedingswet 2012 regelt het verstrekken van opdrachten.

Kan een subsidieverstrekking ook een opdracht zijn?

Een veelgehoorde opvatting is dat als sprake is van een subsidie geen sprake is van een opdracht, en vice versa. Dit is een misvatting. Net zoals dat een ‘verkoopovereenkomst’ of een ‘huurovereenkomst’ onder omstandigheden ook een opdracht kan zijn,⁶ kan ook een ‘subsidie’ onder omstandigheden een opdracht zijn. De nationale juridische kwalificatie van de relatie tussen de aanbestedende dienst en een derde is niet bepalend.⁷ De vraag is dus: *wanneer is sprake van een zuivere subsidie (die enkel onder de Awb en niet onder de Aanbestedingswet 2012 valt), en wanneer is sprake van een subsidie die tevens een opdracht is (en dus zowel onder de Awb als onder de Aanbestedingswet 2012 valt)?*

Een subsidie is tevens een opdracht als aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:

1. De subsidieverstrekker heeft rechtstreeks economisch belang bij de gesubsidieerde activiteiten.
2. De subsidieverstrekker heeft maatregelen genomen om de kenmerken van de gesubsidieerde activiteit (het werk/de levering/de dienst) te definiëren. Oftewel: de subsidieverstrekker stelt eisen aan de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten.
3. De subsidieontvanger heeft zich direct of indirect verbonden tot uitvoering van de gesubsidieerde activiteit. De subsidie-

³ Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

⁴ Denk bijvoorbeeld aan Wmo-diensten, zoals Hulp in de Huishouding of de levering van Wmo-hulpmiddelen. Deze worden geleverd aan derden (te weten: inwoners).

⁵ HvJ 25 maart 2010, C-451/08, Müller.

⁶ HvJ 25 maart 2010, C-451/08, Müller; HvJ 22 april 2021, C-537/19, Commissie/Oostenrijk.

⁷ HvJ 18 januari 2007, C-220/05, Auroux, r.o. 40.

¹ Art. 4:12 lid 1 Awb.

² Uitzondering is de begrotingssubsidie ex art. 4:23 lid 3 sub c Awb.

verstrekker kan dit juridisch afdwingen. Oftewel: er geldt een realisatieplicht.

Een subsidiebeschikking voldoet veelal aan de eerste twee voorwaarden. Immers, de subsidieverstrekker verstrekt een geldbedrag (de subsidie) voor de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten. Het economisch belang is dus een gegeven (voorwaarde 1). Dat de subsidieverstrekker slechts een gedeelte van de kosten van de subsidieontvanger vergoedt, en dus niet alle kosten, is geen relevant element bij het bepalen of aan voorwaarde 1 wordt voldaan.⁸ En de subsidieverstrekker zal veelal ook eisen stellen aan de uitvoering van de activiteiten waarvoor hij de subsidie verstrekt (voorwaarde 2). Veelal komt het dus aan op de derde voorwaarde. In het geval dat de subsidieverstrekker enkel vereist dat de subsidieontvanger de subsidie terugbetaalt als de subsidieontvanger de gesubsidieerde activiteiten niet verricht, dan is enkel de terugbetaling van het geld afdwingbaar, maar niet het daadwerkelijk verrichten van de activiteiten. In dat geval wordt niet aan de derde voorwaarde voldaan. Ook wordt niet aan de derde voorwaarde voldaan als de enige sanctie op het niet verrichten van de activiteiten is dat de subsidieontvanger eenvoudigweg de toegezegde subsidie niet ontvangt. Maar... sluit de subsidieverstrekker met de subsidieontvanger bijvoorbeeld een uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in art. 4:36 Awb, dan wordt wél aan de derde voorwaarde voldaan. Immers, in dat geval kan de subsidieverstrekker daadwerkelijk (in rechte) van de subsidieontvanger afdwingen dat de gesubsidieerde activiteiten worden verricht.

Enkele voorbeelden uit de praktijk

- *Voorbeeld 1.* Een provincie verstrekt een vergoeding aan een derde voor het vervaardigen van een geneesmiddel dat deze entiteit voor niets moet leveren aan regionale ziekenhuizen. De vergoeding dekt de kosten voor het vervaardigen en leveren van het geneesmiddel niet. Dit is een overheidsopdracht voor leveringen. Immers, de aanbestedende dienst verstrekt een vergoeding (voorwaarde 1), stelt eisen, te weten vervaardiging en levering van het geneesmiddel aan regionale ziekenhuizen (voorwaarde 2) en kan nakoming afdwingen (voorwaarde 3). Dat de vergoeding niet kostendekkend is, is niet relevant voor de vraag of de overeenkomst wel of geen ‘overheidsopdracht’ is.⁹
- *Voorbeeld 2.* Een ministerie verleent aan een particuliere entiteit een subsidie om een voetbalstadion te realiseren overeenkomstig de door het ministerie vastgestelde voorwaarden (bijvoorbeeld: afmetingen van het speelveld, de capaciteit van het stadion in termen van het aantal toeschouwers of het aantal voorziene parkeerplaatsen). De subsidie dekt 40 procent van de bouwkosten. De particuliere entiteit is verplicht om dit voetbalstadion te realiseren. In dit geval is sprake van een overheidsopdracht voor werken. Immers, het ministerie verstrekt subsidie (voorwaarde 1), stelt eisen aan het te realiseren voetbalstadion (voorwaarde 2) en kan afdwingen dat het voetbalstadion wordt gerealiseerd (voorwaarde 3). Aan de aanbestedingsplicht kan niet worden ontkomen door de subsidieontvanger de verplichting op te leggen om zich bij het verstrekken van opdrachten te houden aan de Aanbestedingswet 2012.¹⁰

- *Voorbeeld 3.* Een gemeente verstrekt subsidie aan een stichting ten behoeve van de renovatie van gevels van zes winkelpanden en ‘De Worstenhemel’. De stichting is als tussenpersoon ingeschakeld door de particuliere pandeigenaren. Althans de stichting ontvangt de subsidie namens de particuliere pandeigenaren. De pandeigenaren (en niet de gemeente) bepalen de specificaties van de renovatie. Op de pandeigenaren rust géén plicht om de gevels te renoveren. Dit is een zuivere subsidie (geen overheidsopdracht). Aan voorwaarde 2 en voorwaarde 3 wordt immers niet voldaan.¹¹
- *Voorbeeld 4.* Een gemeente heeft een bijstellingsrapportage van de begroting halverwege het jaar vastgesteld. Hierin is de verleende subsidie met bedrag en de naam van de subsidieontvanger opgenomen en nader toegelicht. Oftewel, er is sprake van een begrotingssubsidie.¹² De subsidieontvanger is een stichting die werkgever is van functionarissen die zich beroepsmatig bezighouden met het bevorderen van sport, bewegen en cultuurparticipatie. Er is géén uitvoeringsovereenkomst gesloten. Ook uit andere wilsovereenstemmingen blijkt niet dat er juridisch bindende verbintenissen voor het college en de stichting zijn ontstaan waarvan de uitvoering in rechte kan worden gevorderd. Dit is een zuivere subsidie. Aan voorwaarde 3 wordt immers niet voldaan.¹³
- *Een zelfverzonnen voorbeeld 5.* Een gemeente verstrekt subsidie aan een welzijnsorganisatie voor het verrichten van welzijnsactiviteiten in een noodopvanglocatie voor Oekraïners. De gemeente stelt eisen aan de activiteiten die verricht worden. En de gemeente richt de beschikking op een dusdanige wijze in dat zij de welzijnsorganisatie erop kan aanspreken als deze de activiteiten niet (of niet conform de gestelde eisen) verricht. Dit is een overheidsopdracht voor diensten (SAS-diensten). Stel dat de kosten gedeeltelijk worden gedragen door de bewoners van de opvanglocatie (doordat zij een eigen bijdrage moeten verstrekken), dan is sprake van een concessieopdracht voor diensten als de welzijnsorganisatie daadwerkelijk het economisch risico loopt.

Aanbestedingsplicht?

Moet op basis van het aflopen van de drie cumulatieve voorwaarden worden geconcludeerd dat sprake is van een ‘zuivere subsidie’ (en dat de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is), dan is de subsidieverstrekker gehouden om zich bij het verstrekken van de subsidie te houden aan de vereisten in de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen vereisen dat de subsidieverstrekker een openbare, transparante en eerlijke procedure moet volgen. Denk bijvoorbeeld aan loting, een tenderprocedure of ‘wie eerst komt, eerst maalt’. Dit is slechts anders als op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria de beoogde subsidieontvanger de enige serieuze gegadigde is.¹⁴

Moet op basis van het aflopen van de drie cumulatieve voorwaarden worden geconcludeerd dat de te verstrekken subsidie tevens is aan te merken als een opdracht, dan is de vervolgvraag of de subsidieverstrekker zich bij het verstrekken ervan niet alleen moet

⁸ HvJ 18 oktober 2018, C-606/17, IBA Molecular.

⁹ HvJ 18 oktober 2018, C-606/17, IBA Molecular – in casu was de quasi-inbestedingsuitzondering en de publiek-publieke samenwerkingsuitzondering niet van toepassing.

¹⁰ HvJ 17 oktober 2024, C-28/23, NFS.

¹¹ Gerechtshof’s-Hertogenbosch, 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1284.

¹² Art. 4:23 lid 3 onder c Awb – er is in deze geen sprake van een beschikking.

¹³ RvS 23 juli 2025, ECLI:NL:RVS:2025:3399. Zie ook RvS 20 oktober 2010 ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, waarbij de gemeente een entiteit heeft aangewezen als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming.

¹⁴ RvS 23 juli 2025, ECLI:NL:RVS:2025:3399.

houden aan de vereisten in de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar of hij ook een Europese aanbestedingsprocedure moet volgen. In de eerste plaats moet worden gekeken naar de geraamde waarde van de opdracht. De geraamde waarde wordt bepaald aan de hand van de geraamde inkomsten die de subsidieontvanger voor het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten van de subsidieverstrekker én van eventuele derden. Komt de geraamde waarde uit boven het toepasselijke Europese drempelbedrag, dan dient de subsidieverstrekker een Europese aanbesteding te volgen. Blijft de geraamde waarde onder de toepasselijke Europese drempelwaarde, dan moet worden gekeken of de overeenkomst van 'duidelijk grensoverschrijdend belang' is. Oftewel: of er concrete aanwijzingen zijn dat in het buitenland gevestigde ondernemingen interesse hebben in het sluiten van de overeenkomst. Is dit het geval, dan moet de subsidieverstrekker een publicatie in het Europese publicatieblad plaatsen (via TenderNed) en een procedure volgen die voldoet aan de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit.¹⁵

Komt de geraamde waarde niet uit boven de toepasselijke Europese drempelwaarde, én is ook geen sprake van 'duidelijk grensoverschrijdend belang', dan komt het aan op het eigen beleid van de subsidieverstrekker of hij al dan niet een aanbestedingsprocedure moet volgen met inachtneming van de Aanbestedingswet 2012.¹⁶

Een subsidieontvanger kan verplicht zijn tot aanbesteding

Stel de subsidiebeschikking is een 'zuiver subsidie' (en dus geen opdracht), dan betekent dit niet automatisch dat de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. Onder omstandigheden is namelijk ook een subsidieontvanger verplicht de Aanbestedingswet 2012 toe te passen.

De subsidieontvanger kan namelijk zelf ook een aanbestedende dienst zijn. Een subsidieontvanger is een aanbestedende dienst als (a) zijn activiteiten voor meer dan 50 procent worden gesubsidieerd (door middel van een zuivere subsidie) én (b) hij (deels of geheel) voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.¹⁷ In dat geval moet hij zich bij het verstrekken van opdrachten aan derden houden aan de Aanbestedingswet 2012.

Maar ook een private subsidieontvanger die géén aanbestedende dienst is kan aanbestedingsplichtig zijn. Dit is het geval als aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:¹⁸

1. De particuliere subsidieontvanger sluit een overeenkomst voor het verrichten van (a) civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in bijlage II Richtlijn 2014/24/EU, of voor bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- of universiteitsgebouwen of gebouwen met een administratieve bestemming of (b) diensten die hiermee verband houden (denk aan ontwerp opdrachten).
2. De geraamde waarde van de opdracht komt uit boven de Europese drempelwaarde voor werken respectievelijk diensten.
3. De opdracht wordt voor meer dan 50 procent gesubsidieerd door een aanbestedende dienst.

- *Een voorbeeld.* De gemeente verstrekt subsidie aan een amateursportorganisatie voor de realisatie van een sportaccommodatie. De subsidie bedraagt € 7 miljoen. De amateursportorganisatie wenst met een aannemer een design&constructovereenkomst te sluiten ten bedrage van € 12,5 miljoen. Dit betekent dat de amateursportorganisatie deze overeenkomst Europees moet aanbesteden. Immers, de overeenkomst ziet op de bouw van een sportaccommodatie (voorwaarde 1), de geraamde waarde overschrijdt de Europese drempelwaarde voor werken (voorwaarde 2), en meer dan 50 procent van de kosten wordt gesubsidieerd door de gemeente (voorwaarde 3). Stel: de gemeente verstrekt € 4 miljoen subsidie en het Rijk verstrekt € 3 miljoen subsidie, dan nog wordt aan voorwaarde 3 voldaan. Aanbestedende diensten subsidiëren immers tezamen meer dan 50 procent.

Conclusie

Een subsidierelatie die onder de subsidietitel van de Awb valt, kan onder omstandigheden ook een Europees aanbestedingsplichtige opdracht zijn. Dit is het geval als aan de eerstgenoemde drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Een aanbestedende dienst die wil dat de activiteiten daadwerkelijk worden uitgevoerd kan dus niet aan de aanbestedingsplicht ontkomen door er maar een subsidie van te maken. Aan de aanbestedingsplicht kan evenmin worden ontkomen door de aanbestedingsplicht door te leggen aan de subsidieontvanger. Daarnaast moet men er rekening mee houden dat een subsidieontvanger onder omstandigheden zelf ook aanbestedingsplichtig kan zijn.

¹⁵ Afdeling 1.2.2 Aanbestedingswet 2012.

¹⁶ Art. 1.4 Aanbestedingswet 2012.

¹⁷ Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012, begrip 'publiekrechtelijke instelling'.

¹⁸ Art. 2.8 en art. 2.9 Aanbestedingswet 2012.